

El dominio público y la nueva Ley de Procedimientos Administrativos N° 19549



Lucia Martin*

Introducción

La Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos N° 27742, que regula y desregula una gran cantidad de asuntos, incorpora relevantes modificaciones a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19549 y en el presente trabajo haré hincapié en dos cuestiones puntuales que atraviesan el régimen jurídico del dominio público del Estado.

Una de ellas es la incorporación de la figura del “silencio positivo” en la nueva redacción del artículo 10 de la Ley de Procedimientos Administrativos y su inaplicabilidad en materia de derechos sobre bienes de dominio público –con la salvedad de que una norma expresamente lo disponga–; y la otra, es la facultad de utilizar la fuerza contra personas o sus bienes, sin intervención judicial, en el supuesto de que deba protegerse, entre otros, el dominio público o tierras fiscales de propiedad del Estado nacional (nueva redacción del art. 12 de la mentada ley).

Ambas modificaciones impactan de alguna manera sobre el régimen legal del dominio público, definido este último como “el conjunto de bienes de propiedad del Estado, *lato sensu*, afectados al uso público, directo o indirecto, de los habitantes, y sometidos a un régimen jurídico especial de derecho público, y por tanto exorbitante del derecho privado” (Comadira, 2012: 10).

* UNPAZ.

Por el presente busco exponer dicho impacto e intentar dilucidar su acierto o desacierto, y las eventuales situaciones que podrían generar su aplicación y respecto de las cuales entiendo que debe ponerse especial atención.

“Silencio positivo” y su inaplicabilidad en materia de dominio público

Uno de los cambios más significativos efectuados por la Ley N.º 27742 a la Ley de Procedimientos Administrativos N.º 19549 es la cuestión relativa al silencio o la ambigüedad de la Administración. Si bien hay muchos puntos sobre los cuales se podría escribir, en esta oportunidad y en virtud de la materia, voy a resaltar lo que se puede relacionar con el dominio público.

La regla general, según el inciso a) del nuevo artículo 10 de la Ley N.º 19549, sigue siendo que cuando se trata de pretensiones que requieren de un pronunciamiento concreto, el silencio o la ambigüedad se interpretarán como negativa, salvo que medie disposición expresa que acorde al silencio sentido positivo.

Como novedad, la nueva regulación elimina la obligatoriedad de presentar el pronto despacho para configurar el silencio, ya que prevé que vencido el plazo que corresponda (que no podrá exceder de 60 días) la persona interesada podrá dar por configurado el silencio, sin necesidad de presentar pronto despacho ni esperar, por ende, treinta días más.

En lo que hace al “silencio positivo” el nuevo inciso b) dispone que

cuando una norma exija una autorización administrativa para que los particulares puedan llevar a cabo una determinada conducta o acto en el marco del ejercicio de una facultad reglada de la Administración, al vencimiento del plazo previsto para resolver sin haberse dictado resolución expresa, el silencio tendrá sentido positivo.

Ahora bien, a continuación enumera ciertas materias respecto de las cuales no será de aplicación dicho inciso, salvo que una norma expresa otorgue sentido positivo al silencio. Entre ellas, consigna: “salud pública”, “medio ambiente”, “prestación de servicios públicos” y “derechos sobre bienes de dominio público”.

Es decir, se exceptúa de la configuración del “silencio positivo” previsto en el artículo 10 a los pedidos de autorización o permisos para llevar a cabo determinada conducta o acto que tengan que ver con lo colectivo, con lo público, con lo que en principio es de todos y para todos.

En lo que hace a los derechos sobre bienes de dominio público, viene al caso recordar que el uso del dominio público puede adoptar distintas formas y modalidades, y entre las distinciones que se han hecho cabe citar la que distingue entre el uso común o general y el uso especial o privativo. El primero

es aquel que corresponde y es ejercido por todo el pueblo colectivamente, en forma anónima e impersonal, y el segundo, en cambio, es el que corresponde y es ejercido en forma exclusiva e individual por una sola persona, importando una reserva concreta de una parte del dominio público a favor de ese usuario (Comadira, 2012: 20).

Esta última modalidad es la que se relaciona con el nuevo artículo 10 en trato, ya que para el uso privativo del dominio público se necesita una autorización especial de la Administración que otorgue la posibilidad de emplearlo de una manera dada y de acuerdo a la reglamentación legal aplicable. Este uso puede ser adquirido por permiso, concesión o prescripción –aunque esta última es discutida en la doctrina–, y requiere siempre de la existencia de un acto expreso del Estado que lo otorgue o reconozca, ya que no se trata de una simple autorización respecto de un derecho preexistente.

Bajo dicha perspectiva, entiendo ajustada la introducción de esta materia como excepción al silencio positivo pues nadie podría, por sí mismo, o ante la falta de respuesta de la Administración, darse por otorgado un uso de esta naturaleza que, además, por lo general, se concede a cambio de una tasa o compensación.

Es que en materia de derechos sobre dominio público se encuentran involucradas razones de interés público y los propios caracteres que se han considerado necesarios para el otorgamiento de este uso especial y no podrían definirse sin un acto expreso de la Administración.

Repárese que se han considerado como caracteres específicos del uso privativo del dominio público los siguientes:

- a) el usuario debe estar claramente individualizado; b) debe estar precisada la parte del bien dominial que será usada u ocupada; c) por ser a título privativo, excluye cualquier otro uso común o especial; d) debe ser un uso limitado en el tiempo, o más bien precario, con facultad del Estado de hacerlo cesar en cualquier momento, a su solo arbitrio; e) es por lo común oneroso, aun cuando puedan existir casos de uso especial o privativo gratuitos; y f) tiene carácter patrimonial, por lo que no sólo puede ser objeto de apreciación pecuniaria, sino que en algunos casos podría ser transferido, y puede ser renunciado (Comadira, 2012: 22).

Incluso cabe distinguir entre el permiso de uso y la concesión de uso, ya que esta última modalidad implica una atribución hacia un particular de un poder jurídico especial y por lo común está destinada a actividades que tienen importancia económica o social, y subyace siempre el logro de un interés público.

En ese marco, no sería posible ni prudente permitir que el silencio de la Administración ante un pedido de permiso o concesión de uso sobre bienes de dominio público tenga efectos positivos, ya que ese silencio puede ser producto de la ineficacia o burocracia en los trámites, y otorgarle tal consecuencia no parece compatible con los objetivos y finalidades que cualquier régimen de dominio público pretende alcanzar en una sociedad y que se relacionan con el bien común.

A lo expuesto, debe sumarse que la Reglamentación¹ del Título II –Reforma del Estado– de La Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos N° 27742 define el alcance de la figura de la autorización administrativa como el acto mediante el cual se habilita el ejercicio de un derecho preexistente.

En efecto, mediante su artículo 29 incorpora como artículo 65 bis del Reglamento de Procedimientos Administrativos, aprobado por el Decreto N° 1759 del 3 de abril de 1972 - T.O. 2017, el siguiente:

ARTÍCULO 65 bis.- A los efectos de la aplicación del inciso b) del artículo 10 de la Ley de Procedimientos Administrativos, se entenderá por autorización administrativa al acto mediante el cual la administración *habilita el ejercicio de un derecho preexistente* del administrado una vez verificado el cumplimiento de las condiciones para su dictado. La denominación del acto será indistinta a efectos de su calificación como autorización.

Ello así, no resulta asimilable ese tipo de autorización administrativa que se relaciona con un derecho preexistente del/a administrado/a con lo que significa un permiso de uso o concesión sobre bienes de dominio público.

Repárese que en el citado artículo también se dispone que: “El inciso b) del artículo 10 *no alcanzará a los permisos, entendidos como los actos administrativos que excepcionalmente otorgan un derecho frente a una prohibición establecida por la normativa*”.

En conclusión, la propia normativa distingue entre las simples autorizaciones que requieren de la Administración solo la verificación de las condiciones para su otorgamiento y que hacen a esferas más individuales, de los permisos que otorgan algún derecho que el peticionante no tenía o que incluso está prohibido por alguna normativa y que se relacionan más con el interés público.

Queda, sin embargo, abierta la puerta a que una norma, de manera expresa, otorgue sentido positivo al silencio en situaciones específicas aun en las materias excluidas por el artículo 10 en trato y será cuestión de analizar el caso concreto.

Ejecutoriedad de los actos administrativos. Intervención judicial

Otro de los grandes cambios que se ha introducido en la Ley de Procedimientos Administrativos es lo establecido por el nuevo artículo 12 que, al igual que el anterior, regula la presunción de legitimidad de los actos administrativos y su fuerza ejecutoria, pero incorpora el siguiente párrafo:

¹ Decreto N° 695/24, Anexo I, aprobado por art. 1.

La Administración sólo podrá utilizar la fuerza contra la persona o sus bienes, *sin intervención judicial*, cuando deba *protegerse* el orden público, el *dominio público o tierras fiscales de propiedad del Estado nacional*, incautarse bienes muebles peligrosos para la seguridad o salubridad de la población o, en el caso de las Fuerzas Policiales o de Seguridad, ante la comisión de delitos flagrantes.

Con relación a las facultades del Estado nacional para proteger el dominio público, se ha sostenido que la importante función de protección y tutela puede llevarse a cabo de dos maneras diferentes: una, por la propia Administración, actuando en ejercicio de sus poderes y potestades, entre ellos el poder de policía, lo que configura la “autotutela” del dominio público; otra, en la que la Administración recurre al uso de los medios legales que tenga disponibles y los ejerce ante el Poder Judicial (Comadira, 2012: 26).

La modificación introducida en el artículo 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos otorga un mayor poder al Estado en su tarea de “autotutela” del dominio público, permitiendo que a los fines de su protección pueda utilizar la fuerza contra las personas o bienes sin intervención judicial.

Si bien es absolutamente conveniente que el dominio público se encuentre regulado y protegido jurídicamente, mediante normas legales que permitan alcanzar los objetivos y finalidades que se pretenden lograr con su regulación, hay que encontrar el adecuado equilibrio entre esa facultad de protección y los derechos de los particulares involucrados.

Por cuanto la pretensión de acelerar y facilitar la tarea del Estado nacional en la protección de los bienes que son de su dominio, no puede soslayar la salvaguarda de los derechos de las personas involucradas en caso de que hubiere que ejercer algún tipo de acción coactiva sobre ellas.

Es que no debe confundirse el objetivo del Estado, que es siempre y en principio alcanzar el bien común, y particularmente su deber de propender a la conservación y protección del dominio público, con el accionar que efectivamente realiza, el cual muchas veces termina siendo violatorio tanto de derechos colectivos como individuales. No debemos olvidar que hay un mar de demandas contra el Estado nacional por su actuación irregular, por falta de servicio, por impericia, por negligencia, etc., que terminan en la declaración de nulidad de sus actos e incluso en la admisión de resarcimientos económicos.

Es decir, resulta al menos cuestionable que se le otorgue este gran poder de utilizar la fuerza contra las personas y sus bienes, sin ningún tipo de intervención judicial que permita ejercer un control sobre ese accionar estatal.

Se ha sostenido que el Estado solo puede desalojar los bienes del dominio público ocupados de modo ilegítimo, sin intervención judicial, cuando esté ordenado en estos términos por el propio legislador, pero en ningún caso ese poder puede surgir de un título general, como es el poder de policía del dominio público (Balbín, 2015: 1065).

Ahora bien, esta facultad introducida en la ley de procedimientos administrativos denota una generalidad tal que deja abierta la posibilidad de que la Administración intervenga en todas las situaciones en las que deba “proteger” el dominio público o tierras fiscales.

Dicha disposición resulta contraria, por ejemplo, a lo previsto en la Ley N° 17091 –que no ha sido derogada– y que dispone que cuando debe realizarse un desalojo de un concesionario o de cualquier otro ocupante de inmuebles fiscales el Estado nacional debe acudir a la justicia. En efecto, el artículo 1 de dicha ley establece:

En los casos en que se hubiere otorgado la concesión de inmuebles de propiedad del Estado, afectados a la Administración centralizada, descentralizada, Empresas del Estado o entidades autárquicas, con o sin instalaciones o viviendas accesorias, para el desarrollo de actividades lucrativas o prestación de servicios de esta índole o cualquier otra actividad u objeto, una vez vencido el plazo pactado o declarada su rescisión por la autoridad administrativa, el concesionario deberá restituir los bienes dentro del término de diez (10) días corridos. Caso contrario el organismo competente, acreditando el cumplimiento de los recaudos establecidos en el párrafo anterior, *podrá requerir a la justicia el inmediato desalojo del concesionario o de cualquier otro ocupante*. Efectuada la presentación requerida, *los jueces, sin más trámite, ordenarán el lanzamiento con el auxilio de la fuerza pública*, sin perjuicio de las acciones de orden pecuniario que pudieran corresponder a ambos contratantes.

En otro orden, no es posible soslayar lo resuelto hace tiempo por la CSJN en el precedente “Inter-corp”, 2010, (Fallos: 333:935) en el cual declaró la inconstitucionalidad del régimen establecido en el modificado artículo 92 de la Ley N° 11683, en cuanto facultaba a la AFIP a decretar y trabar, por sí, medidas precautorias sobre los bienes del responsable ejecutado, por no adecuarse a los principios y garantías constitucionales de la división de poderes, la defensa en juicio y la propiedad.

En dicho precedente el alto tribunal destacó que si bien en ciertas oportunidades y bajo estrictas condiciones se ha permitido que el Poder Ejecutivo Nacional u organismos de la Administración realicen funciones jurisdiccionales, ello ha sido bajo la condición de que tal ejercicio

no implique un total desposeimiento de atribuciones en perjuicio del Poder Judicial, pues lo contrario implicaría autorizar la supresión o, cuanto menos, la omisión del principio de división de poderes sin cuya vigencia la forma republicana de gobierno queda sin base que la sustente y, en consecuencia, las funciones estatales resultan potencialmente desquiciadas con el consiguiente desamparo de las libertades humanas (conf. Fallos: 247:646 “Fernández Arias”).²

² CSJN, Fallos: 333:935, considerando 10).

En ese entendimiento, consideró que la nueva redacción del artículo 92 de la Ley N° 11683 en cuanto permitía a los agentes fiscales disponer medidas cautelares a los efectos de garantizar el crédito, contenía una inadmisibles delegación, en cabeza del fisco nacional, de atribuciones que hacen a la esencia de la función judicial.

Considero que lo analizado por la Corte en dicha oportunidad podría resultar asimilable a la nueva facultad establecida por el artículo 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos, ya que al permitir que la Administración pueda utilizar la fuerza contra la persona o sus bienes, sin intervención judicial, cuando deba protegerse el dominio público o tierras fiscales de propiedad del Estado nacional, introduce una sustancial modificación de los roles del Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, con una posible violación al principio constitucional de división de poderes.

Además, desconoce fundamentales principios constitucionales como son la tutela judicial efectiva y la defensa en juicio, consagrada tanto en el artículo 18 de la CN como en los pactos internacionales incorporados con tal jerarquía en el artículo 75 inciso 22.

Conclusiones

Ambas modificaciones analizadas, introducidas a los artículos 10 y 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos y en lo que respecta al tema que nos convoca, podemos relacionarlas con los deberes de protección y conservación del dominio público que tiene el Estado nacional.

Es que el dominio público, por su finalidad –el interés público en la utilidad o la comodidad común–, da lugar a que el Estado deba asumir dichos deberes, ya que todo daño causado a un bien del dominio público atenta en definitiva contra la comunidad, favorecida con su uso directo o indirecto.

Entiendo que la inaplicabilidad del silencio positivo en materia de derechos sobre bienes de dominio público hace a la tarea que corresponde exclusivamente al Estado de tutela de dichos bienes, y permite ejercer un adecuado control sobre los permisos o concesiones de uso, que requieren de un acto expreso para su otorgamiento.

Por el contrario, creo que las previsiones del artículo 12 podrían generar algún conflicto entre las facultades estatales y los derechos de los particulares, ya que si bien existe la autotutela de la Administración pública, no debe olvidarse que ella constituye un privilegio a favor del Estado, que le permite actuar directamente y por sus propios medios en defensa del dominio público, pero debe cumplirse con un gran cuidado respecto de bienes cuyo carácter dominial sea indubitable y llevarse a cabo por medios que, como ocurre en toda medida de policía, sean razonables (Comedira, 2012: 27).

Por otro lado, habría que pensar si el otorgamiento de facultades que permitan a la Administración utilizar la fuerza pública contra personas o bienes en casos concretos, sin intervención judicial, no iría en contra de la doctrina sentada por el máximo tribunal en el fallo citado (“Intercorp”), que ya consideró a las potestades otorgadas al fisco nacional para embargar, inhibir o adoptar cualquier otra

medida sobre bienes y cuentas de los deudores, como una inadmisibles delegación de funciones que corresponden al poder judicial.

Referencias bibliográficas

Balbín, C. F. (2015). *Curso de Derecho Administrativo*, Capítulo XIV “Los Bienes del Dominio Estatal”, pág. 1065. Buenos Aires: La ley.

Comadira, J. R. (dir.) (2012). *Curso de Derecho Administrativo*, Parte Novena, Dominio Público y Privado del Estado. Limitaciones Administrativas a la Propiedad, Capítulo XXIII, Dominio Público y Privado del Estado. Buenos Aires: Abelardo Perrot.